

Vergaderjaar 2019–2020

**35 482**

## **Wijziging van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het opheffen van bedingen in het handelsverkeer die ertoe strekken vervreemding dan wel verpanding van geldvorderingen op naam tegen te gaan (Wet opheffing verpandingsverboden)**

**Nr. 4**

### **ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT<sup>1</sup>**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 4 maart 2020 en het nader rapport d.d. 22 mei 2020, aangeboden aan de Koning door de Minister voor Rechtsbescherming. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 11 december 2019, nr. 2019002608, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 4 maart 2020, nr. W16.19.0400/II, bied ik U hierbij aan.

Het advies is integraal opgenomen in dit nader rapport en cursief gedrukt. Hieronder ga ik in op het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling).

*Bij Kabinetsmissive van 11 december 2019, no. 2019002608, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister voor Rechtsbescherming, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het opheffen van bedingen in het handelsverkeer die ertoe strekken vervreemding dan wel verpanding van geldvorderingen op naam tegen te gaan (Wet opheffing verpandingsverboden), met memorie van toelichting.*

*Het voorstel wil een einde maken aan de contractuele praktijk waarbij de overdracht of verpanding van geldvorderingen op naam die voortkomen uit de uitoefening van een beroep of bedrijf wordt uitgesloten. Hiermee wil de regering deze handelsvorderingen beschikbaar maken voor financieringsdoeleinden, om met name voor het midden- en kleinbedrijf (mkb) de kredietruimte te vergroten.*

<sup>1</sup> De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

*De Afdeling advisering van de Raad van State maakt opmerkingen over de motivering van het wetsvoorstel en het overgangsrecht. In verband daarmee is aanpassing wenselijk van het voorstel en de toelichting.*

## *1. Inleiding*

*Contractsvrijheid is een belangrijk uitgangspunt in het contractenrecht. Het staat partijen in beginsel vrij om te beslissen met wie en waarover zij een overeenkomst sluiten. Naar geldend recht brengt de contractsvrijheid met zich dat overdracht (of verpanding) van vorderingsrechten mogelijk is, maar ook door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar kan worden uitgesloten.<sup>2</sup> Volgens de toelichting is dit in bepaalde economische sectoren, zoals de bouw en retail, vrijwel standaard het geval. Redenen hiervoor zijn in het bijzonder de wens van de schuldenaar om niet met nieuwe, onbekende schuldeisers te worden geconfronteerd en de behoefte aan een vast betalingsadres.*

*Keerzijde hiervan is dat de schuldeiser deze vorderingen en kredietportefeuilles niet kan inzetten als dekking voor kredietverlening. Daarmee zijn ze in zekere zin onttrokken aan het economisch verkeer. Dit effect wordt versterkt doordat in ons omringende landen de werking van deze bedingen reeds is beperkt of afgeschaft, aldus de toelichting.*

*Het wetsvoorstel wil een einde te maken aan deze praktijk en bepaalt daartoe dat een dergelijk beding nietig is. Voorts regelt het wetsvoorstel dat de schuldenaar pas aan de nieuwe schuldeiser hoeft te betalen, nadat de oude of de nieuwe schuldeiser hem schriftelijk op de hoogte heeft gesteld van de overdracht of verpanding van de vordering.*

## *2. Motivering voorstel*

*De Afdeling merkt op dat de motivering van het wetsvoorstel aanvulling behoeft.*

*a. Volgens de toelichting blijkt uit «krachtige signalen» uit de praktijk dat de hiervoor bedoelde bedingen tot economisch ongewenste neveneffecten leiden, omdat vorderingen en kredietportefeuilles niet meer kunnen worden ingezet als dekking voor kredietverlening. Aard en omvang van deze signalen worden niet nader geduid, terwijl evenmin duidelijk is uit welke bron zij afkomstig zijn en of de daaruit getrokken conclusies algemene gelding hebben. Wat betreft de verwijzing naar verschillende «expertmeetings» geldt hetzelfde bezwaar, omdat alleen wordt vermeld welke belangen vertegenwoordigd waren.*

*Voorts vermeldt de toelichting dat het voorstel naar schatting van de Nederlandse Vereniging van Banken en Factoring & Asset based financing Association Netherlands kan leiden tot extra kredietruimte van bijna € 1 miljard voor het mkb. Een motivering van dit bedrag of een verwijzing naar een bron ontbreekt echter. Daarbij is niet duidelijk of in dit bedrag is verdisconteerd dat wederpartijen van het mkb mogelijk niet langer bereid zullen zijn op dezelfde condities te contracteren als zij geen beding meer kunnen overeenkomen, omdat een niet-overdraagbare vordering waarde heeft voor hun financiering.*

*De signalen uit de praktijk worden breed gedragen, en zijn met name afkomstig van de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), de Factoring & Asset based financing Association Netherlands (FAAN), VNO-MKB Nederland en Ondernemend Nederland (ONL). In de consultatie hebben*

<sup>2</sup> Artikelen 3:83 en 3:98 Burgerlijk Wetboek.

zij bijval gekregen van, onder andere, Insolad, Kredietbeveiliging en een aantal grote advocatenkantoren (vgl. par. C memorie van toelichting). Deze signalen komen er in essentie op neer dat onoverdraagbaarheids- en niet-verpandingsbedingen, zoals die bijvoorbeeld vaak worden gehanteerd in de bouw en retail, eraan in de weg staan dat bepaalde handelsvorderingen worden ingezet als dekking voor kredietverlening. In zekere zin zijn deze vorderingen daarmee, zoals de Afdeling terecht signaleert, onttrokken aan het economisch verkeer. Daardoor mist het midden- en kleinbedrijf (mkb) een door de NVB/FAAN geschatte kredietruimte van bijna 1 miljard euro, alleen al voor het mkb (par. A memorie van toelichting).

Noch de expertmeetings ten behoeve van dit wetsvoorstel noch de consultatie geeft aanleiding om te veronderstellen dat de toekomstige wegval van de omstreden bedingen zou leiden tot hele andere contracten dan degene die nu zijn of worden gesloten. Dit mogelijke effect is niet verdisconteerd in de raming van de NVB/FAAN. Dit wordt mede verklaard door het feit dat een debiteur hoe dan ook betalingsplichtig is en blijft, ofwel jegens zijn oorspronkelijke crediteur ofwel – na mededeling van het pandrecht – jegens de pandhouder. Dit wetsvoorstel heeft geen enkele invloed op de omvang van deze betalingsverplichting. De indicatieve schatting van de totale extra kredietruimte van 1 miljard berust op hetgeen door de NVB/FAAN in de media is aangegeven; in de memorie van toelichting is dit verduidelijkt.<sup>3</sup> Een exacte kwantificering hiervan is echter niet mogelijk, omdat die mede afhangt van bijvoorbeeld ontwikkelingen in de verschillende bedrijfstakken, het aan de cessie of verpanding van handelsvorderingen gerelateerde financieringsniveau mede in relatie tot solvabiliteitseisen van banken en het economisch klimaat. Verder is, op ondernemingsniveau, de mate van financiering afhankelijk van individuele factoren, zoals het risicoprofiel, de bedrijfseconomische vooruitzichten, de orderportefeuille en de kwaliteit van het management. Doorslaggevend voor mij is dat dit wetsvoorstel de basis biedt voor een substantiële verruiming van de kredietruimte en daarmee liquiditeitspositie voor het midden- en kleinbedrijf. Bij de huidige economische onzekerheid bestaat daaraan grote behoefte.

*b. Eind 2019 waren er volgens het CBS 1,16 miljoen mkb-ondernemingen actief. Uitgaande van een totale extra kredietruimte van bijna € 1 miljard, leidt het voorstel per bedrijf naar schatting tot een extra kredietruimte van ongeveer € 900, zij het dat dit bedrag per bedrijf kan verschillen. Tegenover het belang van ontsluiting van kredietruimte voor het mkb staat het belang van schuldenaar die zich wil beschermen tegen de voor hem nadelige gevolgen van de overdracht of verpanding van zijn vordering. Een belangrijke reden voor het gebruik van een verbodsbeding is dat een eenduidig betalingsadres het risico op niet-bevrijdende betaling vermindert.*

*Door het wegvallen van de mogelijkheid om een verbodsbeding op te nemen zal de schuldenaar in meer gevallen moeten bijhouden, en ter uitsluiting van fraude, verifiëren aan wie moet worden betaald. Volgens de toelichting zijn de hieraan verbonden administratieve lasten verwaarloosbaar in relatie tot de verwachte bedrijfseconomische effecten van het voorstel, maar een nadere motivering hiervoor ontbreekt.*

De door de NVB/FAAN geschatte verruiming van de kredietruimte voor het mkb bedraagt 1 miljard euro. Het feit dat grote bedrijven straks vaker dan nu zullen moeten bijhouden aan wie moet worden betaald volgt uit het feit dat zij de overdracht en verpanding van vorderingen (die

<sup>3</sup> Het Financieele Dagblad 8 februari 2018, p. 6.

bijvoorbeeld leveranciers op de grote bedrijven hebben) niet meer kunnen uitsluiten. Hierdoor is denkbaar dat zij met een nieuwe schuldeiser worden geconfronteerd. Dat kan pas, als van de overdracht of verpanding schriftelijk mededeling is gedaan aan de schuldenaar (in het voorbeeld het grote bedrijf) door de (nieuwe) crediteur, doorgaans een bank of factoringmaatschappij. Dit nieuwe vereiste van «schriftelijkheid» is op verzoek van het bedrijfsleven zelf geïntroduceerd, en vervangt de nu nog geldende vormvrijheid van de mededeling bij cessie en verpanding. Het feit dat straks alleen schriftelijke mededelingen hoeven te worden geadmistreerd, en niet welke mededeling dan ook, betekent in zekere zin een vereenvoudiging voor het bedrijfsleven. In het stakeholdersoverleg is niet gebleken dat de nieuwe regeling tot noemenswaardige uitvoeringslasten gaat leiden. Met het vereiste van schriftelijkheid wordt een in veel opzichten gangbare praktijk bestendigd. Overigens hoeft de mededeling niet per individuele overgedragen of verpande geldvordering te worden gedaan, maar kan worden volstaan met «groepsmededelingen», bijvoorbeeld van meerdere vorderingen van een bepaalde leverancier op een specifieke afnemer. Gelet op dit alles wordt de mogelijke regeldruktoename als gevolg van het voorgestelde schriftelijkheidsvereiste verwaarloosbaar geacht in vergelijking met een geschatte extra kredietruimte van 1 miljard. Het Adviescollege toetsing regeldruk deelt deze conclusie.

De memorie van toelichting is in deze zin verduidelijkt.

*c. In de consultatie is erop gewezen dat in het bijzonder een toename van de verpanding van vorderingen aan banken zou betekenen dat zij in faillissement een sterkere positie zouden kunnen krijgen ten koste van de gewone schuldeiser, met meer lege boedels als gevolg. Van belang daarbij is dat Nederlandse banken in vergelijking met landen waar het verbodsbeding al is beperkt of afgeschaft reeds het hoogste percentage van hun vorderingen weten te incasseren.*

*Volgens de toelichting kan een dergelijke reflexwerking niet worden uitgesloten, maar weegt het risico op meer lege boedels niet op tegen de extra kredietmogelijkheden die voor het mkb door dit wetsvoorstel ontstaan, omdat daarmee een bijdrage kan worden geleverd aan het voorkomen van onnodige faillissementen. De toelichting geeft echter geen enkele indicatie van de grootte van dit risico en de betekenis daarvan voor de faillissementspraktijk.*

In algemene zin geldt dat een vergroting van de mogelijkheden van verpanding of overdracht van activa ertoe kan leiden dat deze activa geen verhaalsgrondslag in faillissement meer kunnen bieden. Daarom wordt in de memorie van toelichting gesproken van een mogelijke «reflexwerking» van dit wetsvoorstel in faillissementssituaties. Het is niet mogelijk om daarvan, zelfs bij benadering, een kwantitatieve indicatie te geven, omdat deze reflexwerking afhankelijk is van de nodige onbekende variabelen, zoals de omvang van de baten en lasten in de faillissementsboedel, de vraag of vorderingen daadwerkelijk verpand en/of overgedragen zijn, de door separatisten te betalen boedelbijdrage en de samenstelling van de groep crediteuren. Daar komt bij dat dit wetsvoorstel via verruiming van de kredietruimte van het mkb – en daarmee vergroting van de liquiditeitspositie – juist beoogt om faillissementen te voorkomen. Ten slotte: dit wetsvoorstel verplicht niet tot overdracht of verpanding van handelsvorderingen. Contractsvrijheid blijft daarbij voorop staan.

De memorie van toelichting is in deze zin aangevuld.

*d. Het voorstel sanctioneert contractuele uitsluiting of beperking van de overdracht of verpanding van reguliere handelsvorderingen met nietigheid. Volgens de toelichting wordt hiermee aangesloten bij ontwikkelingen in ons omringende landen, zoals Duitsland en Oostenrijk, waar «in essentie» of «impliciet» een vergelijkbare keuze is gemaakt. Een concrete duiding ontbreekt echter, waardoor van een reële vergelijking geen sprake is en niet duidelijk wordt of en waarom de werking van deze bedingen is afgeschaft of beperkt, en waaruit die beperkingen bestaan.<sup>4</sup>*

*De Afdeling acht dit een gemis, omdat nietigheid een verstrekkende sanctie is. Het is daarom van belang om, mede aan de hand van rechtsvergelijking, na te gaan of er wellicht andere, minder vergaande manieren denkbaar zijn om rekening te houden met de belangen van de crediteur. Bij wijze van voorbeeld wijst de Afdeling op de passage in de toelichting over de Algemene Rijksinkoopvoorwaarden die uitgaan van een gematigder regel.<sup>5</sup>*

In verschillende Europese landen zijn beperkingen gesteld aan de mogelijkheid om onoverdraagbaarheids- en niet-verpandingsbedingen overeen te komen. Dat geldt met name voor Duitsland, Oostenrijk en het Verenigd Koninkrijk (Kamerstukken II 2018/19, Aanhangsel 3731). Zo geldt in Oostenrijk, zoals de Afdeling terecht opmerkt, dat niet-overdraagbaarheidsbedingen slechts worden erkend als zij expliciet zijn overeengekomen en, gelet op alle omstandigheden, de crediteur niet benadelen.<sup>6</sup> In Duitsland geldt dat een niet-overdraagbaarheidsbeding niet in de weg staat aan de overdracht van handelsvorderingen tussen kooplieden. «Abweichende Vereinbarungen sind unwirksam.», aldus art. 354a lid 1 van het Handelsgesetzbuch. In het Verenigd Koninkrijk geldt als uitgangspunt dat «a term in a contract has no effect to the extent that it prohibits or imposes a condition, or other restriction, on the assignment of a receivable arising under that contract».<sup>7</sup> Kortom, de consequenties die worden verbonden aan het toch gebruiken van niet-verpandings- en onoverdraagbaarheidsbedingen verschillen per land. Voor mij is doorslaggevend dat de in dit wetsvoorstel gekozen oplossingen aansluiten bij de noden van het mkb en kunnen rekenen op steun van de in het overleg betrokken stakeholders. Verder acht ik het in het belang van de rechtszekerheid in het handelsverkeer dat er een heldere norm wordt geformuleerd (kortweg: geen cessie- en verpandingsverboden) met een duidelijke consequentie bij miskennis daarvan, t.w. nietigheid. Daarmee wordt – anders dan bij vernietigbaarheid – voorkomen dat een kleine mkb-onderneming bijvoorbeeld een groot retailbedrijf voor de rechter moet dagen als zij af wil van in strijd met de wet opgelegde verbodsclausules. Ik wil de vaak toch al kwetsbare mkb-bedrijven vrijwaren van een dure en tijdrovende gang naar de rechter, die overigens ook kan leiden tot een onnodige verzwaring van de werklust van de rechterlijke macht. Om dezelfde reden zie ik er geen heil in om te kiezen voor de door de Afdeling genoemde oplossing uit de Algemene Rijksinkoopvoorwaarden. Die komt er onder meer op neer dat de overdracht van rechten weliswaar afhankelijk is van de voorafgaande toestemming van de wederpartij, maar die wordt niet geweigerd zonder redelijke grond. Is naar het oordeel van een mkb-bedrijf toch sprake van een arbitraire weigering, dan moet hij zijn (veel) grotere wederpartij, als nader overleg zonder resultaat blijft, alsnog

<sup>4</sup> In de consultatie is opgemerkt dat het Oostenrijkse stelsel niet-overdraagbaarheidsbedingen wel erkent, onder de beperking dat het beding expliciet is overeengekomen en het beding gelet op alle omstandigheden, de crediteur niet benadeelt.

<sup>5</sup> De vestiging van beperkte rechten, zoals verpanding, is als regel toegestaan, terwijl de overdracht van rechten weliswaar afhankelijk wordt gemaakt van een voorafgaande toestemming van de wederpartij, maar die wordt niet geweigerd zonder redelijke grond.

<sup>6</sup> Art. 1396a Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.

<sup>7</sup> Para. 2 lid 1 Business Contract Terms (Assignment of Receivables) Regulations 2018.

dagvaardten. Dat stuit op de bezwaren die ik al genoemd heb, en zet de zakelijke relatie tussen beiden onnodig onder druk. Wat mij betreft is nietigheid van rechtswege daarom een passende sanctie.

De memorie van toelichting is op het punt van de Algemene Rijksinkoopvoorwaarden verduidelijkt.

*e. Alles overwegende adviseert de Afdeling in het licht van het voorgaande de noodzaak en effectiviteit van de voorgenomen maatregel nader te motiveren.*

### 3. Overgangsrecht

*Op grond van het overgangsrecht zijn bedingen, die in strijd zijn met het wetsvoorstel, nietig vanaf de inwerkingtreding van de wet.<sup>8</sup> Hiermee wordt, in afwijking van artikel 79 Overgangswet nieuw Burgerlijk wetboek, ingegrepen in bestaande rechtsverhoudingen. De overweging in de toelichting dat partijen ruimschoots de tijd hebben om te anticiperen op de nieuwe regeling en dat een overgangsregeling voorkomt dat partijen afbreuk doen aan het nuttig effect,<sup>9</sup> acht de Afdeling onvoldoende overtuigend en geen rechtvaardiging voor een dergelijke, vergaande ingreep. In verband met de rechtszekerheid acht de Afdeling het aangegeven dat het voorstel tot een nader te bepalen termijn niet geldt voor bedingen in voor inwerkingtreding van de wet gesloten overeenkomsten.*

*De Afdeling adviseert het wetsvoorstel op dit punt aan te passen.*

Ik heb begrip voor de overwegingen van de Afdeling. Uiteraard is het niet de bedoeling van dit wetsvoorstel om afbreuk te doen aan de rechtszekerheid. Om die reden neem ik de suggestie van de Afdeling graag over, met dien verstande dat de door de Afdeling genoemde termijn wordt bepaald op drie maanden na de inwerkingtreding van deze wet. Die periode biedt naar mijn mening een passend evenwicht tussen de noodzaak om te kunnen anticiperen op de nieuwe situatie en het grote mkb-belang bij verruiming van de kredietverleningsmogelijkheden.

Het voorgestelde artikel 85a Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek en de bijbehorende memorie van toelichting zijn aldus aangepast.

*De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.*

*De waarnemend vice-president van de Raad van State,  
S.F.M. Wortmann*

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om enkele redactionele wijzigingen door te voeren in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting.

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister voor Rechtsbescherming,  
S. Dekker

<sup>8</sup> Het voorgestelde artikel 85a.

<sup>9</sup> Memorie van toelichting, Artikelsgewijze deel, Artikel II.